Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XVIII.

Ueber die *exceptio non adimpleti contractus* und *non rite adimpleti contractus.*

Von Herrn Dr. Heerwart, Regierungsrathe in Eisenach.

Ueber die in der Ueberschrift genannten Einreden herrschen im Allgemeinen noch so verschiedene Ansichten, daß bey dem häufigen Vorkommen derselben in der Praxis der Versuch einer abermaligen Prüfung dieser Lehre um so weniger überflüssig seyn dürfte, als, so viel Einsender weiß, in der neuesten Zeit diesem Gegenstande keine besondere Abhandlung gewidmet worden ist. Was zuvörderst

I.

die exceptio non adimpleti contractus betrifft, so sind Alle darin einverstanden, daß der Beklagte, welcher diese Einrede vorschützt, sie nicht zu beweisen brauche, sondern daß der Beweis der Erfüllung dem Kläger obliege. Wie aber dieser Satz mit den sonst über die Beweislast geltenden Regeln zu vereinbaren, wie überhaupt diese Einrede zu betrachten sey, darüber gab es sehr verschiedene Meinungen. Manche [1]) erklärten die Eigenheiten der Einrede kurzweg damit, daß sie ex natura contractus fließe, womit freylich im Grunde nicht viel gesagt ist. Andere [2]) suchten den Grund derselben darin, daß sie

1) *Zanger* de except. P. III. c. 22. n. 18. *Carpzov* Resp. L. II. resp. 88. n. 13. u. A.

2) Danz ord. Proc. §. 155. Schmidt von Klagen und Einr. §. 125. Bülow und Hagemann Erört. B. I. n. 23.

eine verneinende Einrede sey. Aber schon J. H. Böhmer [3]) und später Weber [4]) haben gezeigt, daß eine wahre Einrede auch, wenn sie auf einer Negative beruht, von dem Beklagten erwiesen werden müsse, und so hat sich neuerlich die Meinung ziemlich allgemein festgestellt, es sey diese Einrede gar keine wahre Einrede, sondern nichts als die Ableugnung eines zum Klaggrund gehörigen Umstandes [5]).

Wenn dem wirklich so wäre, so müßte auch bey einer jeden Klage aus einem zweyseitigen Vertrag die vorgängige Erfüllung desselben von Seiten des Klägers nothwendig im Libell enthalten, und dasselbe außerdem mangelhaft seyn; denn jede Klagschrift muß doch wohl alle zum Klaggrund gehörigen Umstände enthalten. Ja es müßte eine solche Klagschrift auch ohne Rüge des Beklagten schon von Richteramtswegen als angebrachtermaßen unstatthaft verworfen werden, weil es Gegenstand der richterlichen Reflexion ist, zu beurtheilen, ob aus den im Libell erzählten Thatsachen ein rechtlich genügender Grund für den Anspruch des Klägers abzuleiten sey. Um so weniger kann die Verwerfung umgangen werden, wenn der Beklagte die Fehlerhaftigkeit rügt.

Dennoch hat Einsender die Verwerflichkeit einer solchen Klage nirgends ausgesprochen gefunden, vielmehr sagt Gönner [6]), der Beklagte thue durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nichts anders, als daß er das mangelhafte Klagschreiben ergänze, und den wesentlichen Umstand in Abrede stelle. Aber eines Theils wäre es doch gewiß eine, dem Geist des Processes ganz widerstrebende Procedur, wenn man aus dem, was der Beklagte zu seiner Vertheidigung vorbringt, die

---

3) J. E. Prot. L. II. T. 18. §. 11.

4) Von der Verbindl. zur Beweisführ. S. 127.

5) *Pufendorf* T. II. obs. 163. Glück Th. 17. S. 229. Weber a. a. O. VI. n. 27. Gönner Handb. der Pr. Abh. 31. §. 2. u. a. m.

6) a. a. O. Th. 2. S. 209.

vom Kläger begangenen Verſehen verbeſſern, und die Mängel ſeiner Anträge ergänzen wollte, andern Theils würde dieſe Ergänzung zuweilen mit der Abſicht des Klägers gar nicht übereinſtimmen. Excipirt z. B. der Beklagte, daß der Kläger den Vertrag nicht erfüllt habe: ſo würde die Ergänzung der Klagſchrift doch auf keine andere Weiſe geſchehen können, als daß man die Behauptung der Erfüllung in dieſelbe hineintrüge. Nun kann es aber ſeyn, daß der Kläger wirklich nicht erfüllt hat, daß er aber zur Erfüllung bereit, oder von der Verbindlichkeit dazu durch Zufall oder auf eine andere Weiſe befreyet worden iſt. Man würde ihm daher zur Unterſtützung ſeiner Klage eine Behauptung aufdringen, die er weder machen wollte noch konnte.

Eine andere, mit der Grundanſicht unvereinbarliche, Meinung iſt ferner die, daß der Beklagte, wenn er Berückſichtigung der Einrede hoffen wolle, beſtimmt angeben müſſe, in welchen Stücken der Kläger den Vertrag noch nicht erfüllt habe [7]). Denn hat der Kläger im Libell angeführt: „ich habe den Vertrag meiner Seits erfüllt“; ſo iſt doch ſchlechterdings nicht abzuſehen, wie man dem Beklagten zumuthen könne, in ſeiner Vertheidigung, bey der Ableugnung dieſer Behauptung, mehr ins Detail zu gehen, als der Kläger gethan hat; hätte dagegen der Kläger die Erfüllung anzuführen unterlaſſen, ſo hat der Beklagte doch offenbar genug zu thun, wenn er dieſen Mangel im Allgemeinen rügt, und wollte man auch mit Gönner den Klagvortrag aus der Vertheidigung des Beklagten ergänzen, ſo würde dieſe Ergänzung, wie ſchon bemerkt, nur in dem Satz beſtehen können: ich habe den Vertrag erfüllt, und dieſer allgemeinen Behauptung braucht doch gewiß der Beklagte auch nur einen allgemeinen Widerſpruch entgegen zu ſetzen.

---

7) *Wernher* P. VII. obs. 37. Pütter Rechtsfälle Th. 1. nro. 148. Glück Comm. Th. 4. S. 290. Th. 17. S. 239. Thibaut Syſtem §. 169. a. E.

Es begreift ſich indeſſen leicht, wie man dazu kommen konnte, dem Beklagten die ſpecielle Angabe der nicht erfüllten Vertragspunkte anzuſinnen. Geſtattet man, die Nichterfüllung im Allgemeinen vorzuſchützen, ſo wird der Beklagte, wenn er auch nur über die Nichterfüllung eines einzigen Punkts ſich zu beſchweren hat, dennoch keinen Beruf fühlen, durch ſpecielle Angabe ſeinem Gegner die Beſeitigung ſeiner Einwendung zu erleichtern, er wird vielmehr die Nichterfüllung nur im Allgemeinen anführen, und gegen den Vorwurf böslichen Leugnens ſich damit tröſten, daß man von einem, nicht in allen Stücken erfüllten, Vertrag nicht ſchlechthin ſagen könne, er ſey erfüllt, und der Kläger wird deshalb nicht umhin können, den Beweis, daß er alle Vertragspunkte erfüllt habe, zu übernehmen. Muß dagegen der Beklagte ſpeciell angeben, in welchen Stücken der Kläger den Vertrag nicht erfüllt habe, ſo wird er ſich ſchon weit eher ſcheuen, gegen beſſeres Wiſſen ſolche Punkte mit aufzuführen, bey denen er die vollſtändige Nachweiſung der Erfüllung von Seiten des Klägers erwarten muß. Man wollte daher durch jenes Erforderniß einer zweckloſen Verweitläuftigung des Proceſſes und einer unnöthigen Vermehrung der Koſten vorbeugen. Dieſer an ſich nicht zu tadelnde Zweck müßte indeſſen ohne Zweifel der conſequenten Durchführung der einmal angenommenen Grundanſicht weichen. Es fragt ſich aber, ob dieſe letztere ſelbſt richtig ſey.

Was nun zuvörderſt diejenigen Verträge anlangt, vermöge deren ein Theil etwas hingibt, um daſſelbe in specie oder in genere wieder zu erhalten, d. i. die eigentlichen Realverträge, ſo entſteht ein ſolcher Vertrag erſt durch die Hingabe, dieſe iſt der wahre Klaggrund, und bildet mithin einen weſentlichen Theil des Klaglibells. Sofern daher bey ſolchen Verträgen von der Schutzrede des nicht erfüllten Vertrags die Rede ſeyn ſoll, ſo könnte ſie nur als Einrede des inepten Libells erſcheinen, wenn daſſelbe die vorgängige Hingabe nicht erwähnt, oder als negative Litiscontestation, wenn die Hingabe im Libell behauptet iſt. Indeſſen iſt der Ausdruck: Einrede des nicht

erfüllten Vertrags, bey Real-Contracten einmal nicht gebräuchlich, wohl um deswillen, weil man sie als eine Eigenthümlichkeit der zweyseitigen Verträge ansieht, und die Realcontracte einseitig [8]) sind [9]).

Bey den, den Realverträgen nachgebildeten, und darum von Vielen [10]) geradezu für Realverträge erklärten unbenannten Contracten, entstand nach den Ansichten der Römer [11]) eine vollgültige Verbindlichkeit des einen Contrahenten bekanntlich erst durch die Erfüllung des Vertrags von Seiten des andern, diese gehörte daher eben so wesentlich zum Klaggrund, als die Datio bey den eigentlichen Realcontracten. Es müßte also — die practische Gültigkeit der Römischen Theorie in unserer Zeit vorausgesetzt — bey ihnen analog zur Anwendung kommen, was über die Einrede der Nichterfüllung in Ansehung der eigentlichen Realcontracte gesagt worden ist. Allein da wir einmal die volle Gültigkeit aller Verträge angenommen haben, sobald nur die Einwilligung vorhanden ist, so braucht auch die Erfüllung des einen Theils nicht mehr hinzuzukommen, um ein pactum nudum zu einem klagbaren Contract zu erheben; wir haben also gar keine Innominatcontracte im Sinne der Römer mehr, und die einzelnen Verträge, welche man noch unter dem Ausdruck Innominatcontract zu verstehen pflegt, z. B. der Tausch, der Trödelvertrag, unter-

---

8) im Sinne Thibauts Syst. §. 169, 170.

9) Nur *Schweder* de exc. non impl. contr. §. 4. läßt sie gegen die actio pigneratitia directa Platz greifen, und dadurch die Nichtbezahlung der Pfandschuld rügen. Das ist aber eine Verwechselung der Begriffe, denn die Verbindlichkeit des Verpfänders zur Bezahlung der Pfandschuld entspringt ja nicht aus dem Pfandvertrag, muß vielmehr auf andere Weise begründet werden.

10) *Vinnius* praef. ad Tib. J. quib. mod. re contr. obl. — Höpfner Comm. §. 763. Thibaut System §. 164.

11) L. 7. §. 2. de pactis. L. 1. §. 2. de permut.

ſcheiden ſich heut zu Tage von andern Conſenſualverträgen nicht mehr [12]).

Der eigentliche Sitz der Einrede des nicht erfüllten Vertrags ſind die zweyſeitigen Conſenſualverträge. Abſtrahirt man dabey von poſitiven Beſtimmungen, ſo möchte es ſchwer halten, dem natürlichen Rechtsgefühl plauſibel zu machen, daß ein Contrahent, bevor er nicht ſeiner Seits den Vertrag erfüllt habe, ſeine Anſprüche an ſeinen Mitcontrahenten nicht mit Erfolg geltend machen könne, man wird es vielmehr weit natürlicher finden, daß, wie bey andern gegenſeitigen Obligationsverhältniſſen, jeder Theil ſeinen Anſpruch unabhängig von dem andern verfolge. Indeſſen haben es die Römer einmal für billig gehalten, daß jeder Contrahent ſeine Leiſtung ſo lange zurückhalten dürfe, bis er die Gegenleiſtung erhalten hat, oder wenigſtens ihrentwegen geſichert iſt [13]). Es fragt ſich aber, was iſt damit geſagt? Nach der Meinung der in Note 5. angeführten Rechtslehrer ſoll dadurch die vorgängige Erfüllung zu einem Theil des Klaggrundes erhoben worden ſeyn. Der Klaggrund kann nun nicht mehr und nicht weniger umfaſſen, als gerade die Thatſachen, welche geſetzlich erforderlich ſind, damit die Verbindlichkeit entſtehe, welche man eben durch die Klage geltend machen will. Demnach würde denn zur Entſtehung einer vollgültigen Verbindlichkeit aus einem zweyſeitigen Vertrag die Einwilligung der Contrahenten nicht genügen, ſondern es mußte auch noch die

---

12) Es iſt wenigſtens offenbar inconſequent, wenn man die volle Gültigkeit aller ſimplen Verträge behauptet, und daneben doch noch die erfolgte Leiſtung zur Perfection des Tauſchvertrags verlangt.

13) L. 13. §. 8. L. 25. de act. emti. L. 57. de aed. ed. L. 5. §. 4. de doli exc. L. 5. C. de evict. Alle dieſe Stellen ſprechen zwar nur vom Kaufvertrag, doch läßt ſich gegen die Ausdehnung derſelben auf andere zweyſeitige Conſenſualverträge nichts Erhebliches einwenden.

Erfüllung hinzukommen; hierdurch würden aber dieſelben aufhören, Conſenſualverträge zu ſeyn (deren characteriſtiſches Merkmal eben iſt, daß die bloße Einwilligung eine vollkommene Verbindlichkeit producirt), und ſie würden offenbar in die Sphäre der Realverträge hinübergehen. Gleichwohl ſagt derſelbe Paulus, aus deſſen Schriften die L. 57. de aed. ed. und die L. 5. de doli exc. genommen iſt, in der L. 1. §. 2. de rer. permut.:

> . . . alioquin, si res nondum tradita sit, *nudo consensu* constitui obligationem dicemus, quod in his duntaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emtione, venditione, conductione mandato;

und noch beſtimmter heißt es im §. 1. J. de oblig. ex consensu:

> Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia opus est, *at nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio*, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire.

Wie mag alſo wohl behauptet werden, daß beym Kauf, Pacht u. ſ. w. durch die vorgängige Erfüllung die Klage erſt begründet werde?

Aber, wird man fragen, was iſt denn ſonſt mit dem angegebenen Satz geſagt? — Ich antworte: weiter nichts, als daß dem Beklagten ein Rechtsbehelf gegeben worden iſt, durch welchen er die Durchſetzung des Anſpruchs des Klägers eine Zeitlang hemmen und aufſchieben kann. Dergleichen Behelfe enthält das Rechtsſyſtem mehrere, und namentlich hat jene Ausflucht die größte Aehnlichkeit mit den Fällen, wo der Beklagte an einer von ihm heraus- oder zurückgebenden Sache ein Retentionsrecht ausüben darf, bis ſein Gegner gewiſſen Obliegenheiten nachgekommen iſt. Dies letztere iſt auch allgemein anerkannt, denn allenthalben wird die Einrede des nicht

erfüllten Vertrags als eine Gattung des Retentionsrechtes aufgeführt [14]).

Nun bezweifelt niemand, daß alle Rechtsbehelfe, durch welche der Beklagte gegen den Anſpruch eines Klägers ſich eine Zeitlang ſichern kann, ohne den rechtlichen Grund des Anſpruchs ſelbſt anzugreifen, wahre Einreden ſeyen, niemand hat noch, was inſonderheit das Retentionsrecht betrifft, je behauptet, daß derjenige, welcher eine Sache vindicirt, oder als Deponent und Commodant, oder mit der actio pignorat directa zurückfordert, zur Begründung ſeiner Klage mit anführen müſſe, er habe dem Beklagten die auf die Sache gemachten Auslagen erſetzt, oder habe auch die chirographariſchen Forderungen des Pfandgläubigers berichtigt u. ſ. w. Man erwartet vielmehr in dieſen Fällen mit Recht, daß der Beklagte die Umſtände erſt ercipire, durch welche er ſich vor der Hand ſchützen kann, und macht es dann erſt dem Kläger zur Pflicht, jene Schutzreden durch zweckmäßige Repliken zu bekämpfen. Warum ſoll nun ganz allein die einzelne Art des Retentionsrechts, welche aus der Nichterfüllung eines zweyſeitigen Vertrags von Seiten des Klägers entſpringt, eine Ausnahme machen? — Gründe dafür möchten ſchwerlich aufzufinden ſeyn. Man ſage nicht, daß in den andern Fällen die Einrede nicht alſobald aus dem Klaglibell erhelle, während dies bey der Einrede des nicht erfüllten Vertrags der Fall ſey. Denn eines Theils würde das nur eine zufällige Verſchiedenheit ſeyn, welcher man keinen weſentlichen Einfluß auf das Rechtsverhältniß einräumen dürfte, andern Theils iſt die Verſchiedenheit nicht einmal durchgängig vorhanden. Denn wenn z. B. Jemand aus einem Vergleich klagt, und in der Klage nicht anführt, daß auch er dem Gegner dabey etwas verſprochen

14) *Lauterbach* de retentione §. 32. *G. L. Boehmer* de jure ret. §. 4. Faſelius vom Retentionsrecht §. 11. Glück Comm. Th. 15. §. 936. Thibaut Syſt. §. 311. Schweppe Röm. Priv. Recht §. 189. u. a. m.

habe, ſo ergibt ſich die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht aus dem Libell, und wenn dagegen der Kläger in der Klagſchrift ſagt:

> Nachdem ich mit meiner erſten Klage angebrachtermaßen unter Verurtheilung in die Koſten abgewieſen worden bin, ſo klage ich nun anderweit ꝛc.

oder wenn der mit der actio pignerat. auftretende Pfandſchuldner in der Klage noch anderer chirographariſcher Forderungen des Pfandgläubigers gedenkt, ſo erhellt die exc. expensarum prius restituendarum, und das auf der L. un. C. etiam ob chirogr. pec. ſich gründende Retentionsrecht ebenfalls gleich aus dem Klagſchreiben, und ähnliche Fälle laſſen ſich mehr denken. Daß der Kläger unklug handeln würde, wenn er ſein Libell ſo einrichtet, macht zur Sache ſelbſt nichts aus

Auch in den Geſetzſtellen, auf welche ſich dieſe Art des geſetzlichen [15]) Retentionsrechts wegen Nichterfüllung eines zweyſeitigen Vertrags gründet, dürften genügende Gründe, daſſelbe anders als die übrigen Fälle des Retentionsrechtes zu behandeln, nicht zu finden ſeyn.

L. 25. de act. emti (19, 1.) ſagt:

> Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est.

Ganz beſtimmt wird hier der Rechtsbehelf eine exceptio genannt, und nirgends ſteht ein Wort davon, daß die vorgängige Erfüllung ein Erforderniß zur Entſtehung der Verbindlichkeit des Verkäufers ſey.

---

15) Denn das iſt doch richtiger, als es mit Faſelius a. a. O. aus einem ſtillſchweigenden Vertrag ableiten zu wollen.

Scheinbarer iſt L. 13. §. 8. eod.

Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur: et ideo si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio. Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.

Hier iſt vornehmlich das nondum est ex emto actio bedenklich. Allein der Satz kann füglich ſo erklärt werden, daß die Klage nicht mit Erfolg durchzuſetzen ſey, wenn dem Käufer der Vorwurf zu machen ſtehe, daß er das Kaufgeld noch nicht bezahlt habe, und er muß ſo erklärt werden, wenn man die andern Stellen und die oben vorgetragenen Gründe zuſammen hält. Ulpian wollte in dieſer Stelle ſichtbar den Satz beſonders hervorheben, daß theilweiſes Anbieten des Kaufpreiſes die Einwendung des Beklagten nicht ausſchließe, und dachte wohl nicht daran, daß er durch die nicht mit Umſicht gewählten Ausdrücke Veranlaſſung geben würde, daß man in ſpätern Zeiten darin ein neues Erforderniß der Klagbarkeit des Kaufvertrags finden würde.

Aehnliche zweifelhafte Ausdrücke trifft man in andern Stellen an, welche ſolche Rechtsbehelfe für den Beklagten enthalten. So heißt es in der bekannten L. un. C. etiam ab chirogr. pec. pign. ret. (8, 27.)

Jure contendis, debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ex pignora obligaverunt, offerentes *audiri non opportere*, *nisi prius pro illa etiam satisfecerint*, quam mutuam simpliciter acceperunt.

Ferner in L. 1. pr. de SCto Macedon. (14. 6.):

ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset . . . *actio petitioque daretur.*

Desgleichen in der L. 2. §. 1. ad SCt. Vellej. (16. 1.):

Quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet . . . ne eo nomine ab his petitio, *neve in eas actio daretur.*

Nicht minder in L. 13. pr. de usufr. (7, 1.)

> Si ususfructus legatus sit, *non prius dandam actionem* usufructuario, quam si satisdederit, se boni viri arbitratu usurum fruiturum.

Endlich in L. 1. §. 7. si cui plus, quam per leg. Falc. (35. 3.):

> Non aliter legatorum . . . *actiones dari* debere, quam si cautum fuerit heredi, quanto amplius, quam per leg. Falc. licuerit, ceperit.

Wie wenig iſt das actio nondum est in der L. 13. §. 8. de act. emti von dem prius audiri non opportere, und actio non datur verſchieden, und gleichwohl wird der dem Pfandgläubiger gegebene Rechtsbehelf in der nämlichen L. un. C. cit. eine *exceptio* doli genannt, und eben ſo ſteht in zahlreichen Stellen, daß die Rechtswohlthat des SCti Macedoniani und Vellejani durch eine *exceptio* geltend zu machen ſey, und es wird nicht verlangt, daß der Kläger zur Begründung ſeiner Klage gegen den borgenden Hausſohn oder das intercedirende Weib Umſtände anführen müßte, welche die gedachten Rechtswohlthaten unanwendbar machen, vielmehr laſſen die Geſetze dies durch eine *replicatio* geſchehen [16].

Auch hat noch niemand behauptet, die Beſtellung der Caution gehöre zum Grund der Klage auf den Niesbrauch oder auf ein Legat, von dem noch ungewiß iſt, ob es nicht einem Abzug wegen der Quarta Falcidia unterworfen ſey.

Man könnte vielleicht in Verſuchung kommen, in der am Ende der L. 13. §. 8. de act. emti enthaltenen, auch anderwärts [17] vorkommende, Vergleichung des Retentionsrechtes wegen nicht erfüllten Vertrags mit dem Pfandrecht, zuſam-

16) L. 18. C. ad SCt. Villej. (4. 19.). L. 4. §. 14. de doli exc. (44. 4.)

17) L. 22. de her. vend. (18. 4.) L. 31. § 8. de aed. ed. (21. 1.)

mengehalten mit den Voraussetzungen der actio pigneratitia directa, den Grund einer Abweichung jenes Rechts von den übrigen Arten des Retentionsrechtes zu suchen. Denn zur Begründung der actio pigneratitia directa gehört allerdings der Umstand mit, daß die Pfandschuld getilgt sey, weil aus der Erzählung des abgeschlossenen Verpfändungsvertrags und der Uebergabe des Pfandes wohl das Recht des Pfandgläubigers auf den Besitz des Pfandes, aber nicht dessen Verbindlichkeit, es jetzt zurückzugeben, abzunehmen ist, vielmehr zur Begründung der letztern ein Umstand hinzukommen muß, welcher jenes Recht des Gläubigers auf den Besitz des Pfandes wieder aufhebt.

Allein abgesehen davon, daß der Ausdruck „*quasi* pignus“ in der L. 13. §. 8. cit. nur eine Aehnlichkeit, aber keine vollkommene Gleichstellung des Verhältnisses des Verkäufers mit dem des Pfandgläubigers andeutet, so ist zwischen beyden Fällen der wichtige Unterschied, daß der Käufer ja nicht mit der actio pigneratitia, sondern mit der actio emti die gekaufte Sache einfordert, daher denn auf seine Klage nicht das angewendet werden kann, was von der Pfandklage gilt.

Es kömmt hinzu, daß die Vergleichung mit dem Pfandrecht und die daraus gezogene Folgerung nicht bey allen zweyseitigen Verträgen durchgreifen würde, denn schon beym Käufer und so auch bey jedem andern Contrahenten, welcher keine bestimmte species zu leisten hat, paßt die Vergleichung nicht.

Die übrigen Stellen, welche der Zurückhaltung der Gegenleistung gedenken, enthalten nichts, was die Meinung, die Erfüllung sey ein Theil des Klaggrundes, unterstützte.

L. 57. de aedil. edicto (21, 1.) sagt:

Nam si ex vendito dominus agat, nisi pretium totum solverit, *nihil consequetur*.

Das nihil consequi ist aber auch das Loos eines jeden Klägers, der mit einer Einrede zurückgewiesen wird.

L. 5. C. de evict. (8. 45.):

Ex his praediis, quae mercata es, si aliquâ a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex emto actione consequeris, ut ea a creditore liberentur. Idem fiet, si adversus emtorem ex vendito actione pretium petentem, *doli exceptionem* opposueris.

L. 5. §. 4. de doli exc. (44, 5.)

. . . etiam *mercis non traditae exceptione* summovetur, qui pecuniam domino jam solvit, et ideo is, qui vendidit, aget adversus dominum.

Beyde Stellen laſſen das Zurückhalten der Gegenleiſtung durch eine Einrede geltend machen.

Die L. 21. C. de pactis (2, 3.) endlich, wenn ſie, was zu bezweifeln ſeyn möchte [18], von der Zurückhaltung der Gegenleiſtung zu verſtehen iſt, gibt wenigſtens ebenfalls kein Moment für die mehr erwähnte Behauptung ab:

Cum proponas inter vos sine scriptura placuisse, fratrum tuorum successiones aequis ex partibus dividi, et transactionis causa probari possit, hanc intercessisse conventionem: exceptione te tueri potes, si possides. Quod si adversarius tuus teneat, ex hoc placeto nullam actionem ratam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere: nec adversario tuo transactione uti concedendum est, nisi ea, quae placita sunt, adimpleri paratus sit.

Denn das transactione uti non concedendum est, läßt ſich gewiß auch ſagen, wenn eine durchgreifende Einrede gegen eine Klage geſtattet wird.

Durch vorſtehende Ausführung glaubt Einſender den Satz gerechtfertigt zu haben, daß die Einrede des nicht er-

18) Sie ſcheint nämlich mehr die rechtliche Wirkſamkeit eines, ohne Stipulation eingegangenen, Theilungsvertrags überhaupt zu betreffen, als die einer vollgültigen Klage aus demſelben entgegenſtehenden Rechtsbehelfe des Beklagten.

füllten Vertrags eine wahre Einrede sey. Steht dieser Satz fest, so ergeben sich daraus die nachstehenden Folgerungen:

a) Eine Klage aus einem zweyseitigen Vertrag, in welcher nicht angeführt ist, daß der Kläger seiner Seits den Vertrag erfüllt habe oder zu erfüllen bereit sey, ist angebrachtermaßen nicht zu verwerfen, denn der Kläger hat in einer Klage blos die Umstände anzuführen, an deren Vorhandenseyn die Gesetze die Entstehung der klagbar gemachten Verbindlichkeit geknüpft haben, keineswegs aber liegt ihm ob, im Voraus den Ausflüchten zu begegnen, welche möglicherweise der Beklagte vorbringen kann, um die Durchsetzung der Klage zu hemmen.

b) Der Richter darf diese Einrede so wenig, als irgend eine andere, von Amtswegen ergänzen [19]. Es ist dies um so unbestreitbarer, da er gar nicht wissen kann, ob nicht der Vertrag erfüllt sey, und der Beklagte mit gutem Vorbedacht die Einrede nicht vorgebracht habe, weil er voraussah, daß er damit nicht durchkommen werde.

c) So wie jeder Beklagte den factischen Grund seiner Einreden deutlich und bestimmt angeben muß, so liegt das auch dem ob, welcher die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorschützt. Der factische Grund derselben besteht aber in nichts anderm, als in den Forderungen, welche er aus dem nämlichen Vertrag an den Kläger noch zu machen hat. Diese muß er daher speciell und mit gehöriger Bestimmtheit angeben, und aus diesem Grunde haben die, Note 7) angeführten, Rechtslehrer allerdings Recht, wenn sie behaupten, daß die Einrede

19) Den Ungrund der Ergänzungspflicht überhaupt, zwar nicht in besonderer Beziehung auf unsre Einrede, hat gut gezeigt Gönner Handb. des Proc. Abh. 10. §. 13. Die ältere Praxis ließ die Einrede des nicht erfüllten Contracts immer ergänzen. *Franzke* comm. L. 19. T. 1. §. 15--17. *Lauterbach* collegium ib. §. 4. *Stryk* U. M. ib. §. 2. *Schwede* I exc. non impl. contr. §. 21.

nicht generaliter ſondern specialiter vorgeſchützt werden müſſe.

d) Der Beklagte muß wie jede andere, ſo auch dieſe Einrede, d. h. die zu ihrer Begründung erforderlichen Thatſachen, beweiſen. Dieſe Thatſachen ſind aber, wie unter c. ſchon bemerkt worden, weiter keine, als daß er vermöge des Vertrags, aus dem geklagt wird, an den Kläger Gegenleiſtungen zu fordern habe. Dieſe muß er vollſtändig nachweiſen, wenn ſie geläugnet werden, und nicht nach Quantität und Qualität ſchon aus der Klage mit Beſtimmtheit ſich ergeben. Er braucht aber nicht zu beweiſen, daß dieſe Gegenforderungen noch nicht getilgt ſeyen, und das iſt ganz den allgemeinen Grundſätzen vom Beweis gemäß. Es iſt ja allgemein anerkannt, daß jeder, welcher eine Verbindlichkeit ſeines Gegners geltend machen will, nur die Entſtehung derſelben darzuthun habe, und nicht, daß ſie vom Gegner noch nicht erfüllt ſey. Dies gilt ſo gut vom Kläger, als vom Beklagten. So wie der, welcher die Einrede der Compenſation, oder der Retention wegen gemachten Aufwandes, oder auf den Grund der L. un. C. etiam ob chirogr. pec. vorſchützt, weiter nichts zu beweiſen hat, als daß er an den Kläger eine Gegenforderung habe, daß er auf die zurückgeforderte Sache die angeführten Verwendungen wirklich gemacht, und daß ihm der Kläger außer der Pfandſchuld noch mehr ſchuldig geworden ſey, ſo iſt es nichts als eine conſequente Anwendung dieſer Grundſätze auf die, ebenfalls eine Retention bezweckende, Einrede des nicht erfüllten Vertrags, wenn man dabey dem Excipienten den Beweis der Nichterfüllung nicht aufinnt, und Gönner [20]) hat daher ſehr Unrecht, es — augenſcheinlich wegen dieſer vermeintlichen Singularität — eine grobe Verletzung des ſchlichten Menſchenverſtandes zu nennen, wenn man die excl. non adimpl. contr. für eine wahre Einrede halte. — Vielleicht wären alle Irrungen in Anſehung dieſer Einrede nicht entſtanden, hätte man nicht die

20) Handb. Th. 2. S. 236 a. E.

Negative in ihren Namen gebracht, und ſie nicht exceptio non adimpleti contractus, ſondern nach Analogie der exc. expensarum oder impensarum prius restituendarum die exceptio contractus prius adimplendi genannt.

e) Kann der Kläger das Daſeyn oder Dageweſenſeyn der Gegenforderungen des Beklagten nicht in Abrede ſtellen, ſo kann er ſich dagegen mit dem Einwand ſchützen, daß er ſie bereits berichtigt habe. Dieſe Behauptung iſt, ſo wie die Behauptung der Zahlung gegen die Einrede der Compenſation, eine eigentliche Replik [21]), und es iſt daher ganz in der Ordnung, daß der Kläger ſie beweiſen muß. Was von der behaupteten Erfüllung gilt, muß natürlich von jedem andern geſetzlichen Befreyungsgrund gelten, z. B. vom zufälligen Umkommen der verſprochenen Sache (wenn, wie beym Kauf, der Contrahent demungeachtet die Gegenleiſtung fordern darf), von der Verhinderung der Erfüllung durch den Beklagten ſelbſt, vom Erlaß u. dgl. Kann der Kläger die Tilgung der Forderung des Beklagten nicht behaupten, ſo kann er auch damit abkommen, wenn er ſich zur Erfüllung bereit erklärt, oder ſeine Gegenleiſtung deponirt [22]).

Iſt aber die Erfüllung nicht mehr möglich, ohne daß der Kläger von ſeiner Verbindlichkeit befreyet iſt, ſo muß es auch genügen, wenn er zur Leiſtung des *id quod interest* ſich bereit erklärt, ſofern nicht etwa der Beklagte ein Recht hat, wegen der Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrags, von demſelben ganz abzugehen, und von dieſem Recht Gebrauch machen will.

f) Es kann aus einem zweyſeitigen Vertrag executive geklagt werden, wenn auch die Erfüllung von Seiten des Klägers nicht ſofort durch liquide Beweismittel dargethan wird.

---

21) Schon Leyser sp. 513. m. 11, 12. ſtellte ſich die Sache ſo vor, ohne jedoch dieſe Anſicht weitläuftiger auszuführen.

22) Arg. L. 9. §. 5. de pign. act. L. 26. de aed. ed. L. 39. de solut. *Voet* Comm. L. 19. T. 1. §. 23.

Freylich muß der Kläger gewärtigen, daß der Beklagte ihm die Einrede der vorher zu bewirkenden Gegenleiſtung entgegenſetze, und ſolche entweder aus den, der Klage unterlegten, Documenten, oder ſonſt ſofort liquid mache, welchenfalls er denn freylich auch ſeine Replik, daß er ſeine Obliegenheiten bereits erfüllt habe, oder daß ein anderer Befreyungsgrund für ihn eingetreten ſey, ebenfalls alsbald liquid machen muß, wenn nicht die Vortheile des Executivproceſſes für ihn verloren gehen ſollen. Daß diejenigen, welche die Erfüllung für einen Theil des Klaggrundes halten, den Executivproceß nicht anders zulaſſen wollen, als wenn auch jener Umſtand aus einem documento quarentigiato erhellt [23]), iſt wenigſtens conſequent. Wenn aber der, dieſelbe Meinung vertheidigende Glück [24]) nach *Wernher* [25]) behauptet, es müſſe im Executivproceß, dafern die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorgeſchützt werde, und die Erfüllung von Seiten des Klägers nicht ſchon klar aus dem, der Klage zum Grunde gelegten Document erhelle, dem Kläger zuvörderſt der Beweis jenes Umſtandes auferlegt, und der Executivproceß ſo lange ſuſpendirt werden, ſo ſteht das eines Theils mit ſeiner Grundanſicht von der exc. non adimpl. contr. in einem argen Widerſpruch, weil doch anerkanntermaßen alle zum Klaggrund gehörigen Thatſachen aus klaren, ſobald mit der Executivklage zu übergebenden Urkunden erhellen müſſen, folglich auch die Contractserfülluug, wenn ſie zum Klaggrund gehört, anderntheils würde es das ganze Weſen des Executivproceſſes ſtören, und die Gleichheit der Partheyen aufheben, wenn man dem Kläger erlauben wollte, über einen Punkt, der ihm zu beweiſen obliegt, ſich der gewöhnlichen langſameren Beweismittel zu bedienen, während man dem Beklagten dieſe Befugniß in Anſehung ſeiner Einreden verſagt.

---

23) *Pufendorf* T. III. obs. 210. Danz ſumm. Proc. §. 30. not. b. Gönner Handb. Th. 4. Abh. 77. §. 3.

24) Comm. Th. 17. S. 239.

25) *Observ.* P. I. obs. 149. P. VII. obs. 37.

g) Da durch die Einrede die Durchsetzung des Anspruchs des Klägers nur so lang gehemmt wird, bis er die Erfüllung seiner vertragsmäßigen Obliegenheiten oder einen gesetzlichen Befreyungsgrund nachgewiesen, oder durch Erbieten zur Erfüllung die Ausflucht des Beklagten beseitigt hat, so kann die Einrede nur eine verzögerliche seyn, wofür sie auch die ältern Rechtslehrer erklären [26].

h) Ist die exc. non adimpl. contr. eine verzögerliche Einrede, so muß sie auch an die Fristen gebunden seyn, welche die Gesetze den dilatorischen Einreden bestimmt haben. Wer freylich die vorgängige Erfüllung zum Klaggrund rechnet, muß die Einrede bis zum Endurtheil zulassen, weil eine mangelhafte Klage auch nach geführtem Beweis verworfen werden kann. Aber nach rechtskräftigem Enderkenntniß sollte sie auf keine Weise mehr zugelassen werden, denn eine unheilbare Nichtigkeit im Sinne des jüngsten Reichsabschieds, möchte sich aus der mangelnden Vertragserfüllung wohl schwerlich demonstriren lassen.

Die Practiker lassen freylich die Einrede in jedem Theile des Processes, und selbst noch in der Executionsinstanz zu [27], wiewohl ohne alle genügende Gründe.

Von dieser Einrede des nicht erfüllten Vertrags, durch welche der Beklagte eben die Erfüllung von Seiten des Gegners bezweckt, muß man übrigens eine andere Einrede wohl unterscheiden, welche, mit einem andern Zweck, so auch eine ganz andere Natur hat, obschon man ihr füglich und vielleicht noch

---

26) *Schweder* c. l. §. 20. *Lauterbach* Tract. synopt. ad L. 12. T. 1. §. 3. nro. 24. Clapproth ord. Proc. §. 140. nro. 33. Manche rechneten sie indessen zu den zerstörlichen. Z. B. *Hahn* tract. jur. de exceptionibus. Hal. 1738. §. 69. *Stryk* U. M. L. 19. T. 1. §. 2.

27) *Gail* L. II. obs. 17. n. 8. *Schweder* c. 1. §. 22. *Lauterbach* Coll. L. 19. T. 1. §. 4. Quistorp rechtl. Bem. 3 Bd. nro. 53.

paſſender jenen Namen geben könnte. Es gibt nämlich Fälle, wo die Nichterfüllung eines Vertrags von Seiten des einen Contrahenten, den andern berechtigt, von dem Vertrag ganz abzugehen [28]). Will der letztere von dieſer Befugniß Gebrauch machen, und ſetzt dem auf Erfüllung klagenden Mitcontrahenten die Einrede entgegen, daß der Kläger den Vertrag ſeiner Seits nicht erfüllt habe, und der Beklagte desßhalb ihn zu halten nicht weiter verbunden ſey, ſo muß er beweiſen, daß der Kläger nicht erfüllt habe, weil dieſer Umſtand, wenn gleich eine Negative, gerade den rechtlichen Grund ſeiner Einrede und ſeines Verlangens enthält, daß der Vertrag für aufgehoben möge erklärt werden. Dies kann nicht mehr bezweifelt werden, ſeit Weber [29]) überzeugend dargethan hat, daß die negative Stellung eines Satzes in Anſehung der Beweislaſt keinen Unterſchied mache, und lediglich darauf zu ſehen ſey, worin der eigentliche Grund des geltend zu machenden Anſpruchs liege.

Daß dieſe zuletzt beſchriebene Einrede übrigens eine zerſtörliche ſey, folgt augenſcheinlich aus ihrem Zweck.

II.

Es iſt eine beſtrittene Frage, ob von der im erſten Theil dieſer Abhandlung erörterten exceptio non adimpleti contractus die *exceptio non rite impleti contractus* verſchieden ſey. Schon ältere Rechtslehrer [30]) haben ſie mittelbar dadurch angenommen, daß ſie behaupteten, der Beklagte müſſe beweiſen, wenn er die Nichterfüllung des Vertrags in Nebenſachen (accidentalibus) behaupte. Doch wurde dieſe

28) Ein Beyſpiel gibt das pactum commissorium. Andere Fälle ſ. bey Thibaut Syſt. §. 103. II. 5. §. 992. a. 1. §. 993.

29) Von der Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 187 fgg.

30) *Berlich* P. I. dec. 174 n. 10. *Carpzov* L. II. resp. 88. nro. 14.

Meinung ſchon von Brunnemann [31]) und Strykk [32]) beſtritten. Neuere Rechtslehrer [33]) haben den Unterſchied wieder hervorgeſucht, und wieder andere [34]) ihn von Neuem verworfen.

So viel iſt wohl unleugbar, daß es in Anſehung des dem Beklagten zuſtehenden Zurückhaltungsrechts gleichgültig ſey, ob der Kläger den Vertrag noch gar nicht, oder nur zu einem größern oder kleinern Theil erfüllt hat: denn die Geſetze ſprechen darüber klar [35]), und es iſt daher offenbar falſch, wenn manche neuere Rechtslehrer [36]) jene zweyte Einrede da annehmen, wo ein Vertrag nicht *plenario* oder *ex asse* erfüllt ſey. Daher ſteht dem Käufer, welcher von 100 Rthlr. Kaufpreis erſt 99 Rthlr., dem Verkäufer, welcher ſtatt 12 Malter Weizen erſt 11 geliefert, dem gedungenen Ackersmann, der von 20 Morgen erſt 19 geackert hat u. ſ. w., die Einrede des erſt zu erfüllenden Vertrags immer entgegen, wenn ſie von ihren Mitcontrahenten Erfüllung verlangen. Wenn aber ein Vertrag mehrere einzelne Sachen zum Gegenſtande hat, und

---

31) Comm. ad L. 13. §. 8. de act. emti n. 32.

32) U. M. eod. tit. §. 3.

33) *Schaumburg* comp. dig. ib. §. 2. *Hellfeld* jur. for. §. 1043. Thibaut Syſt. §. 169. Weber a. a. O. VI. 37.

34) Quistorp rechtl. Bem. Th. 3. n. 53. Bornemann über die confessio qualificata mit einer Anwendung auf die exc. non rite impl. contr. Glück Comm. Th. 17. S. 231. Schweppe Röm. Privatr. §. 437. Borſt über die Beweislaſt §. 79.

35) L. 13. §. 3. de act. emti ... et ideo si *partem* pretii offerat, nondum est ex emto actio. L. 31. §. 1. de reb. cred. ... non aliter domino servi venditorem ex emto teneri, quam si ei pretium *solidum* ... praestiterit. L. 57. de aed. ed. nam si ex vendito dominus agat, nisi pretium *totum* solverit, nihil consequetur. ſ. auch L. 22. de her. vend.

36) *Schaumburg* u. *Hellfeld* ec. ll. Bülow u. Hagemann Erörter. I. 23.

für jede derſelben eine beſondere Gegenleiſtung bedungen iſt, ſo muß es ſo angeſehen werden, als wären ſo viel einzelne Verträge vorhanden [37]), und daher kann die Nichterfüllung in Anſehung des einen Gegenſtandes dem Contrahenten kein Recht geben, die Gegenleiſtung für den andern Gegenſtand zurückzuhalten, in Anſehung deſſen der Kläger den Vertrag erfüllt, oder ſich dazu bereit erklärt hat. Eine Ausnahme wäre freylich dann anzunehmen, wenn der ſtückweiſen Preisbeſtimmung ungeachtet die Abſicht der Contrahenten nur auf das Ganze gerichtet war [38]).

Leiſtungen, welche eine beſtimmte Zeit durch verſprochen ſind, z. B. Dienſte, Miethwohnungen, Gutspachte u. dgl., ſind nicht eher als vollſtändig geſchehen zu betrachten, bis jene Zeit ganz abgelaufen iſt [39]). War aber eine gewiſſe Zeit beſtimmt, zu welcher die Gegenleiſtung oder ein Theil derſelben gegeben werden ſollte, dann iſt blos darauf zu ſehen, ob der Gegner allen, bis zu jenem Zeitpunkt zu leiſtenden Obliegenheiten nachgekommen iſt [40]). Namentlich gehört der Fall hierher, wo die Gegenleiſtung in gewiſſen gleichmäßigen Zeitabſchnitten geſchehen ſoll, z. B. es iſt eine Wohnung auf fünf Jahre für einen jährlich zu bezahlenden Hauszins vermiethet. Denn dieſer Fall iſt jenem, wo für jede von mehreren Sachen ein beſonderer Preis beſtimmt iſt, analog [41]).

War ein ganzes Werk Gegenſtand des Vertrags, ſo kann vor deſſen gänzlicher Vollendung der bedungene Preis eben ſo wenig, als die Ausführung des Werkes vor der Zahlung des Preiſes gefordert werden. Doch ſoll hier die Bezahlung für jedes vollendete Stück verlangt werden dürfen, wenn für

37) L. 29, 140. de V. O. L. 34. de aed. edicto.

38) Arg. L. 34. §. 1. de aed. ed. *Lauterbach* Coll. L. 19. T. 1. §. 45.

39) Arg. L. 24. §. 2. locati.

40) L. 24. §. 3. eod.

41) L. 140. §. 1. de V. O.

jedes Stück, ſey es durch ein Maß oder auf andere Weiſe beſtimmt, ein gewiſſer Preis feſtgeſetzt worden iſt [42]).

Es ſtehe hier übrigens noch folgende Bemerkung über die Ausdehnung der exc. non adimpl. contractus. Nach dem, was ſo eben von der theilweiſen Erfüllung eines Vertrags geſagt worden iſt, könnte man geneigt ſeyn, auch dem Contrahenten jene Einrede zu geſtatten, welcher eine, zum Gebrauch überlaſſene, Sache zurückzugeben, aber noch Forderungen aus dem Contract an ſeinen Mitcontrahenten zu machen hat; z. B. dem Pachter, welcher neben dem gepachteten Gut noch eine jährliche Holzabgabe ſich ausbedungen, ſolche nicht erhalten hat, und nach Ablauf der Pachtzeit vom Verpachter auf Zurückgabe des Pachtguts mit der Contractsklage belangt wird. Allein Einſender glaubt nicht, daß die Zurückgabe verweigert werden dürfe. Denn die Einrede des nicht erfüllten Vertrags läßt ſich, wie eben erwähnt wurde, nicht aus der Natur der Sache demonſtriren, ſondern ſie beruht lediglich auf poſitiven Beſtimmungen. Deshalb kann man aber auch nicht weiter gehen, als dieſe Beſtimmungen ihren Worten und ihrem Grund nach geſtatten. In ihnen iſt aber nur vom Kaufpreis, und von der gekauften Sache die Rede, mithin von Leiſtungen, welche der beklagte Contrahent aus dem Seinigen zu bewirken hat, nicht von Zurückhaltung der Sachen, die er von dem andern erſt erhalten hat. Die Zurückgabe dieſer Sachen iſt eigentlich keine Gegenleiſtung, kein Aequivalent für das, was der andere Contrahent dem Empfänger aus dem Vertrag zu gewähren hat, und die Rückſichten der Billigkeit, welche allenfalls für die Zurückhaltung der wahren Gegenleiſtung ſprechen, und ſonder Zweifel der Grund der desfallſigen geſetzlichen Beſtimmungen ſind, finden augenſcheinlich bey dem zurückzugebenden Vertragsgegenſtand keine Anwendung. Das verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß auch dieſe Gegen-

42) L. 30. §. 3. locati.

stände vorenthalten werden können, wenn ein anderer gesetzlicher Grund eines Retentionsrechts, z. B. nützliche Verwendungen [43]), vorhanden ist.

III.

Bey dem so klar vorliegenden Ungrund des Unterschiedes zwischen gänzlicher und theilweiser Nichterfüllung haben die neueren Rechtslehrer [44]), welche die exc. non rite impleti contractus von der exceptio non adimpleti contractus unterschieden, das Wesen der ersteren in eine fehlerhafte Leistung gesetzt. Fehlerhaft ist die Leistung zu nennen, wenn die überlieferte Sache die Eigenschaften nicht hat, welche sie nach der bestimmten und bündigen Versicherung des Leistenden haben sollte, oder wenn sie mit Mängeln behaftet ist, für welche der Leistende, vermöge gesetzlicher Vorschrift, auch ohne besonderes Versprechen einstehen muß [45]). Bey einer versprochenen Species ist nun dieser Fall von dem Fall der noch gar nicht oder nicht vollständig geschehenen Erfüllung allerdings wesentlich verschieden. Die letztere gibt, wie oben weiter ausgeführt worden ist, dem belangten Contrahenten blos die Befugniß, seine Gegenleistung zurückzuhalten, bis der Gegner seiner Seits erfüllt hat, es ist nur ein Aufschub, den er damit gewinnt, und der in Gefolge dieser Einrede zurückgewiesene Kläger kann seinen Anspruch immer wieder von Neuem erheben,

---

43) L. 15. §. 2. L. 59. de furtis.

44) Thibaut u. Weber an den not. 33. angef. Orten.

45) Es ist nichts anderes, als die bekannte Verbindlichkeit jedes Auctors, für die verborgenen Mängel und versprochenen Eigenschaften zu haften, welche durch die exc. non rite impl. contr. geltend gemacht wird. Ob und wie weit dieselbe auf dem Gesetz der 12 Tafeln, oder auf der Auslegung der Römischen Practiker, oder auf dem Edict der Aedilen beruht (vergl. Neustetel u. Zimmern Untersuchungen n. IX. Archiv für civ. Praxis Bd. II. n. III.), ist für unsern Zweck gleichgültig.

ſobald er im Stande iſt, den Einwand des Beklagten mit einer ſtatthaften Replik zu bekämpfen. Wenn aber die überlieferte Sache einen Fehler hat, oder einer Eigenſchaft ermangelt, wofür der Liefernde haften muß, ſo kann der Beklagte nicht Erfüllung des Vertrags fordern, denn dieſe wäre — wollte man auch das Haften für einen blos geſetzlichen Gewährsmangel als einen Theil des Vertrags anſehen, was es, ſtreng genommen, nicht iſt — ſchlechterdings nicht möglich. Der Kläger kann nicht machen, daß eine als golden verkaufte Uhr golden ſey oder werde, wenn ſie es einmal nicht iſt; daß ein Pferd ſehe, welches einmal den Staar hat [46]). Der Beklagte kann deshalb nur Entſchädigung (id quod interest, quanto minoris valuisset) oder Aufhebung des Vertrags (redhibitio) [47]) verlangen. — In beyden Fällen wird die Sache definitiv entſchieden, denn im erſten zieht der Beklagte ſeine Schadensforderung an der Gegenleiſtung ab, und im zweyten gibt er die vom Gegner erhaltene Sache zurück, und der hier mit ſeiner Klage abgewieſene Kläger kann niemals wieder auf Erfüllung klagen.

So wie nun die, aus der fehlerhaften Beſchaffenheit des Vertragsgegenſtandes hergenommene Einrede, ihrem Weſen und Zweck nach von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags verſchieden iſt, ſo unterſcheidet ſie ſich von derſelben auch in Anſehung des Beweiſes. Denn derjenige, welcher die erſtere gebrauchen will, muß nicht allein die Verbindlichkeit ſeines

46) L. 31. de evict. Si quis spondeat: sanum esse, furem non esse . . . inutilis quibusdam stipulatio videtur, quia, si quis est in hac causa, impossibile est, quod promittitur.

47) L. 31. cit. Sed ego puto verius, hanc stipulationem utilem esse, hoc enim continere, *quod interest*, horum quid esse vel non esse. L. 18. pr. L. 38. pr. de aed. edicto. Der zwiſchen dem id quod interest und dem quanto minoris noch Statt findende Unterſchied (L. 13. §. 1, 2. de act. emti) kömmt hier nicht in Betracht.

Gegners, für die geklagten Mängel zu haften, nachweiſen, wenn ſie nicht ſofort aus dem Geſetz klar iſt, ſondern er muß auch darthun, daß die empfangene Sache zur Zeit des geſchloſſenen Vertrags mit dem fraglichen Mangel behaftet geweſen ſey [48]).

Borſt [49]) erklärt ſich die Sache ſo:

„Wer eine Sache als den Gegenſtand eines Vertrags ohne Vorbehalt angenommen hat, der kann nicht mehr ſagen, daß der Vertrag nicht erfüllt ſey, denn wenn auch die Sache oder die Leiſtung nicht ſo beſchaffen war, als ſie hätte ſeyn ſollen, ſo hat er doch durch die Annahme, ſich damit begnügen zu wollen, factiſch erklärt. Es bleibt ihm daher nur die Einrede des Irrthums übrig, welche nach den obigen Grundſätzen, inſofern ſie nicht aus der Thatſache der Annahme von ſelbſt erhellt, beſonders nachgewieſen werden muß.“

Allein dieſe Erklärung hält die Prüfung nicht aus. Iſt es gleich richtig, daß der, welcher wiſſentlich eine fehlerhafte Sache annahm, ſich darüber nicht weiter beſchweren kann [50]), ſo iſt doch nirgends beſtimmt, daß der Empfänger neben dem Daſeyn des Gewährsmangels ſelbſt auch noch ſeine Unbekannt-

48) L. 4. de prob. . . emtorem probare debere, servum, de quo quaeritur, antequam emeret, fugisse. L. 3. C. de aed. act. In dieſem Satz ſind auch die Rechtslehrer einverſtanden, obſchon einige dabey unſtatthafte Vermuthungen die Stelle des Beweiſes vertreten laſſen. Z. B. *Stryk* U. M. L. 21. T. 1. §. 26, 27. Wenn aber Glück Th. 17. S. 234 behauptet, der Verkäufer müſſe beweiſen, daß er die Sache fehlerfrey übergeben habe, ſo kömmt er mit ſich ſelbſt in Widerſpruch: denn Th. 20, S. 58 iſt zu leſen, der Käufer müſſe das Daſeyn eines Fehlers zur Zeit des abgeſchloſſenen Handels nachweiſen!

49) Von der Beweislaſt §. 79.

50) L. 1. §. 6. L. 48. §. 4. de aedil. ed. L. 27. C. de evict.

ſchaft mit demſelben zur Zeit des Vertragsabſchluſſes nachzuweiſen habe, vielmehr liegt es ſeinem Gegner ob, darzuthun, daß jener den Mangel gekannt habe, was ganz unbeſtreitbar daraus hervorgeht, daß dieſe Wiſſenſchaft zum Gegenſtand einer Einrede des Verkäufers gegen die ädiliſche Klage gemacht wird [51]). Sie würde daher im Fall einer Klage des Verkäufers in der Geſtalt einer eigentlichen Replik vorgebracht werden müſſen.

Die richtige Erklärung liegt aber ſehr nahe. Wer Erfüllung eines Vertrags fordert, der hat nur das Verſprechen ſeines Gegners nachzuweiſen. Wer aber Entſchädigung oder Aufhebung des Vertrags verlangt, kann natürlich mit jenem Beweis nicht durchlangen, denn aus dem nackten Verſprechen, eine Sache zu geben, folgt doch wahrhaftig nicht unmittelbar die Verbindlichkeit, ſie wieder zurückzunehmen oder Entſchädigung zu geben, ſondern es muß neben dem Vertrag noch ein Umſtand vorhanden ſeyn, welcher ein ſolches Verlangen rechtlich begründet. Wenn nun Aufhebung oder Entſchädigung um deswillen gefordert wird, weil die Sache einen Fehler hat, an deſſen Daſeyn die Geſetze jene Befugniß geknüpft haben, ſo liegt es ja in der Natur der Sache, daß das Daſeyn des Fehlers von dem, welcher Rechte daraus herleiten will, erwieſen werden müſſe. Darum muß denn auch der, auf die Gegenleiſtung belangte Contrahent, das Daſeyn eines Gewährsmangels nachweiſen, wenn er wegen eines ſolchen von der Gegenleiſtung ganz oder zum Theil frey zu werden verlangt. Er kann nicht dem Kläger entgegenſetzen: erfülle erſt dein Verſprechen; denn dieſer würde nicht nachweiſen können, daß er dem wörtlichen Inhalt des Verſprechens durch Ueberlieferung der verſprochenen ſpeciellen Sache Genüge geleiſtet habe. Hat aber ein Contrahent für gewiſſe Eigenſchaften eines ſpeciellen

51) L. 48. §. 4. de aed. ed. In aedilitiis actionibus *exceptionem* opponi aequum est, si emtor sciret de fuga, aut vinculis, aut ceteris rebus similibus ut emtor absolvatur.

Vertragsgegenstandes zu haften, ausdrücklich versprochen, so liegt zwar die Verbindlichkeit desselben mit in dem Versprechen selbst; allein da er Unmögliches nicht möglich machen kann, so ist mit einem solchen Versprechen nichts weiter gesagt [52]), als:

Wenn die Sache die Eigenschaften nicht hat, so will ich Entschädigung geben, oder sie zurücknehmen.

Es ist also ein bedingtes Versprechen, und wer aus einem bedingten Vertrag Rechte ableiten will, der muß, was niemand bestreitet, das Eingetretenseyn der Bedingung — also hier den Mangel der zugesicherten Eigenschaft — beweisen.

Etwas anders verhält sich die Sache, wenn ein *genus* der Gegenstand des Vertrags war, und der Empfänger sich über den Mangel ausdrücklich versprochener Eigenschaften beschwert. Der Grund liegt darin, daß Verträge über ein genus nicht an eine bestimmte Sache gebunden sind, und die Vertauschung der gelieferten Sache mit einer andern zulassen, was bey einem Vertrag über eine species nicht möglich ist, ohne Aufhebung desselben und Abschließung eines neuen. Ein Beyspiel wird die Sache deutlicher machen. — Wenn A dem B eine goldene Uhr, ein sechsjähriges Reitpferd zu liefern verspricht, ihm aber eine übergoldete tombackne Uhr, ein zweyjähriges Pferd liefert, was keinen Reiter duldet, und nun den versprochenen Preis einklagt, so kann ihm B allerdings erwiedern, erfülle erst den Vertrag deiner Seits, und wenn A replicirt, ich habe eine goldene Uhr, ein sechsjähriges Reitpferd übergeben, so braucht B das nur schlechtweg zu läugnen, und A wird nun zu beweisen haben, daß die übergebene Uhr eine goldene, das Pferd sechsjährig sey und sich reiten lasse, oder er wird, wenn er das nicht kann, eine andere wirklich goldene Uhr, ein anderes, wirklich sechsjähriges Reitpferd liefern müssen, ehe er den Preis fordern kann.

---

52) L. 31. de evict. S. not. 46, 47.

Wenn hingegen der Empfänger sich nicht über den Mangel versprochener Eigenschaften, sondern über verschwiegene, nach gesetzlicher Vorschrift zu gewährende Fehler beklagt, so ist zwischen einem Vertrag über ein genus und dem über eine species kein Unterschied. Man setze: die in dem obigen Beyspiel von A dem B gelieferte Uhr war wirklich eine goldene, aber sie ging wegen eines inneren Fehlers nicht, das Pferd war sechsjährig und zum Reiten tauglich, aber lungenfaul. Hier wird wieder der beklagte Empfänger den Beweis der Fehler übernehmen müssen. Er kann nicht dem Kläger entgegensetzen: erfülle erst dein Versprechen; denn der Kläger hat nichts versprochen, als eine goldene Uhr und ein sechsjähriges Reitpferd, und beydes hat er geliefert. Der Beklagte muß daher seine Befugniß, auf Entschädigung oder Aufhebung des Vertrags durch etwas außer dem Versprechen des Gegners begründen, und das ist eben das Daseyn eines gesetzlichen Gewährsmangels.

Alles, was bis jetzt über fehlerhafte Leistung ausgeführt wurde, gilt zunächst nur den Verträgen, deren Gegenstand Sachen bilden, und paßt nicht durchgängig auf Verträge, welche Handlungen zum Gegenstand haben. Auf diese findet das Edict der Aedilen keine Anwendung, und was bey ihnen eine fehlerhafte Leistung zu nennen, und in wiefern der Leistende dafür verantwortlich sey, muß aus der rechtlichen Natur der einzelnen Verträge, und besonders nach den Graden der dabey zu prästirenden culpa beurtheilt werden. In den meisten Fällen wird die fehlerhafte Leistung eine ganz andere, als die versprochene Handlung bilden, und daher die Einrede des nicht erfüllten Vertrags begründen. Man nehme den Fall: ein Uhrmacher soll eine Uhr repariren, und macht seine Sache so schlecht, daß die Uhr nicht geht; ein Tüncher soll etwas mit Oehlfarbe anstreichen, streicht es aber mit Wasserfarbe an. Klagt hier der Uhrmacher und Tüncher auf den Lohn, so kann der Besteller excipiren: erfülle erst dein Versprechen, und wenn der Kläger replicando die Erfüllung behauptet, so braucht

der Beklagte das nur geradehin abzuleugnen. Denn man kann das nicht Repariren nennen, wenn die Uhr nicht geht, und in dem zweyten Beyspiel liegt die Verschiedenheit des Versprochenen und Geleisteten ohnehin am Tage. Den Inhalt des Versprechens des Klägers wird natürlich der Beklagte zu beweisen haben, wenn die Partheyen darüber verschiedener Meinung sind.

Es lassen sich indessen auch Fälle einer fehlerhaften Leistung denken, wo man nicht sagen kann, daß die Handlung dadurch in eine andere übergehe. Z. B. ein Baumeister übernimmt die Aufführung eines Gebäudes, leitet aber den Bau so fehlerhaft, daß dasselbe zusammen zu stürzen droht. Hier hat der Baumeister geleistet, was er dem nackten Inhalt seines Versprechens nach zu leisten hatte, nämlich er hat das Gebäude aufgeführt. Der Beklagte kann sich daher mit dem Einwand: Erfülle erst den Vertrag deiner Seits, nicht mit Erfolg schützen, sondern muß durch Nachweisung des Fehlers seinen Anspruch auf gänzliche oder theilweise Befreyung von der Gegenleistung begründen.

XIX.

Ueber auflösende Bedingungen bey Erbeneinsetzungen.

Von Thibaut.

Die frühere gemeine Lehre, daß der Erbe nicht unter einer auflösenden Bedingung eingesetzt werden könne, ist in dieser Zeitschrift erst angegriffen [1]), dann von mir vertheidigt [2]), und jetzt wieder für falsch erklärt [3]). Dieser neueste Angriff hat

1) v. Wening-Ingenheim im Archiv 1. B. nr. 9.
2) das. 5. B. S. 317—323.
3) von Zimmern das. 7. B. nr. 7.